



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/065/16, CABLES RCT)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 21 de julio de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/065/16, CABLES RCT, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por CABLES RCT, S.A.U., (en adelante, RCT), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 5 de mayo de 2016, por el que se deniega la confidencialidad solicitada por RCT respecto de determinada documentación recabada en la inspección realizada en su sede, en el marco del expediente sancionador S/DC/0562/15, CABLES BT/MT.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En el marco del expediente sancionador S/DC/0562/15, CABLES BT/MT, sustanciado en el mercado de los cables de baja y media tensión, la Dirección de Competencia (DC) llevó a cabo una inspección en la sede de RCT el día 16 de

febrero de 2016 donde se recabó determinada documentación en formato físico, respecto de la cual RCT solicitó su confidencialidad.

2. Mediante Acuerdo de fecha 5 de mayo de 2016, el Instructor del expediente S/DC/0562/15, CABLES BT/M, resolvió, por un lado, aceptar el tratamiento confidencial solicitado por RCT para los folios 21400 y 21401 del expediente, por considerar que, teniendo una antigüedad inferior a cinco años, incluían datos relativos a indicadores internos correspondientes a información técnica y/o financiera de la empresa que podrían revelar su estrategia comercial y, por otro, denegar la del resto de folios (esto es, el 21399, y 21402 a 21404), por cuanto entendía que dicha información relativa a la política comercial de la empresa había perdido su carácter confidencial por su antigüedad superior a cinco años, teniendo en cuenta las circunstancias económicas y comerciales del concreto mercado, variables a lo largo del tiempo.
3. Con fecha 16 de mayo de 2016 se interpuso por RCT recurso administrativo al amparo de lo establecido en el artículo 47 de la LDC, por el que solicitaba la anulación parcial del Acuerdo de la DC de 5 de mayo de 2016 en el punto relativo a la no declaración de confidencialidad de los folios 21399 y 21402 a 21404 del expediente, así como que se acordase el tratamiento confidencial de los mismos.
4. Con fecha 24 de mayo de 2016, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por RCT.
5. Con fecha 27 de mayo de 2016, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el antecedente de hecho tercero. En dicho informe la DC proponía la desestimación del recurso interpuesto por RCT contra el Acuerdo de 5 de mayo de 2016, en la medida en que el citado acuerdo en ningún caso producía indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de dicha empresa, no reuniendo por tanto los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.
6. Con fecha 9 de junio de 2016, el Consejo de la CNMC, en Sala de Competencia, acordó admitir a trámite el recurso, concediendo un plazo de 15 días a RCT para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
7. El día 28 de junio de 2016 la representación de la recurrente tuvo acceso al expediente.
8. El 30 de junio de 2016, RCT presentó por correo postal escrito de alegaciones de la misma fecha, el cual tuvo entrada en el registro de la CNMC el día 5 de julio de 2016.

9. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 21 de julio de 2016.
10. Es interesado en este expediente de recurso CABLES RCT, S.A.U. (RCT).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente.

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra el Acuerdo de la DC de fecha 5 de mayo de 2016, por el que se denegaba la confidencialidad solicitada por RCT para determinada documentación incorporada al expediente S/DC/0562/15, CABLES BT/MT y que había sido recabada durante la inspección realizada en su sede el día 16 de febrero de 2016. En concreto, la DC resolvió no aceptar el tratamiento confidencial de los folios 21399 y 21402 a 21404.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción, disponiendo que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

RCT, en virtud de lo establecido en dicho artículo 47 de la LDC, solicita a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC que admita su recurso, anule parcialmente la decisión de la DC de 5 de mayo de 2016 en lo relativo a la no declaración de confidencialidad de los folios 21399 y 21402 a 21404 del expediente y acuerde dicha confidencialidad respecto de los mismos, por cuanto su divulgación perjudicaría gravemente sus intereses. En este sentido, y citando para ello el Auto del Vicepresidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2013, *Comisión vs. Pilkington Group Ltd.* Asunto C-278/13 P(R), RCT considera que, desde el punto de vista formal, la decisión de declarar no confidencial determinado documento es, apriorísticamente irreparable, por cuanto no puede borrarse el conocimiento que hubieran tenido terceros de dicho documento. Además RCT considera que, en el presente caso, el perjuicio es también irreparable desde el punto de vista material, tal y como va argumentando en su escrito de recurso.

Con respecto a los documentos discutidos la recurrente señala que:

- El **folio 21399** del expediente es una página de cuaderno manuscrita de la que se ha solicitado la confidencialidad de una única palabra (un apellido) que permite identificar al contacto personal en el cliente determinado y cuya supresión pretende evitar que otros competidores puedan conocer tanto la identidad de dicho contacto como los canales de información de RCT, que serían secreto de negocio al forma parte de la estrategia comercial de la empresa.

- Los **folios 21402 a 21404** del expediente se refieren a un correo electrónico dirigido por un comercial de la ahora recurrente al Director Comercial de RCT con la explicación de la situación de clientes de una determinada zona geográfica, e incluso en algunos casos con valoraciones sobre dicha situación. Asimismo, este correo contiene el análisis comercial de la zona, incluyendo políticas comerciales aplicadas en la misma y objetivos previstos.

La recurrente fundamenta su pretensión basándose en las siguientes consideraciones:

- (i) Primeramente entiende que, aunque la información tenga una antigüedad superior a 5 años, no tiene obligatoriamente la condición de información histórica. En este sentido alega que la DC ha aplicado la presunción de que los datos relativos a la política comercial de la empresa han perdido su carácter confidencial por su antigüedad superior a cinco años sin haber justificado que las circunstancias económicas y comerciales del concreto mercado hubieran cambiado, fuera de que dicha presunción admite prueba en contrario, demostrativa del carácter actual y no histórico de la documentación. Cita para llegar a dichas conclusiones tanto el párrafo 23 de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, como la Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015, T-462/12, asunto *Pilkinton Group Ltd.*

En este mismo punto considera RCT que dentro del concepto de documentación "histórica" y no confidencial, se incluirían únicamente datos no personales, excluyendo la información relativa a clientes y a las personas que trabajan en o para ellos, mientras que en el presente caso la confidencialidad solicitada se refiere precisamente a la identidad de estas personas, y que además ocupan la misma posición en la actualidad, por lo que la información controvertida estaría plenamente vigente. En concreto, y con respecto al folio 21399, considera RCT que sigue siendo necesario preservar la identidad del contacto respecto de ese cliente puesto que dicha información es actual a día de hoy sin que se vea afectada por los cambios generales del mercado. Con respecto a la información contenida en los folios 21402 a 21404, además de que con las supresiones solicitadas se protegería la identidad de clientes y equipos, es importante destacar que esa información en manos de un competidor, si no se decretase su confidencialidad, implicaría desvelarle la estrategia comercial de RCT así como información obtenida por su red comercial que, en muchos casos, sigue siendo información válida para tomar decisiones estratégicas, dada su vigencia, ya que la mayor parte de las empresas y de los trabajadores siguen activos en un mercado en el que, si bien se han producido cambios, no es así en relación a los actores del mismo.

- (ii) Posteriormente, y tras haber analizado que la información discutida no ha perdido su carácter confidencial por el mero transcurso del tiempo, justifica RCT

las razones por las que entiende que procede la declaración de confidencialidad de dichos documentos discutidos. A la luz del habitual triple examen¹ que es necesario realizar para determinar la confidencialidad de la información, considera RCT que, en este caso, estamos ante datos relativos a la política comercial de la empresa, que reflejan contactos con clientes y la política comercial y estratégica en un área geográfica determinada, por lo que resulta evidente, cosa que no cuestiona la DC, que estamos ante datos cuya naturaleza es de secreto comercial y que deben ser objeto de confidencialidad. Asimismo, señala RCT que dichos documentos ni han tenido difusión entre terceros -se trata de documentación interna de la compañía- ni son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento ni para garantizar el derecho de defensa a los imputados. Y es que, tal y como indica la recurrente, dichos datos carecerían de todo contenido incriminatorio o exculpatario por referirse a información de clientes y no de competidores.

Así, y por cuanto considera la recurrente que la divulgación de la información de los folios 21399 y 21402 a 21404 del expediente S/DC/0562/15, CABLES BT/MT puede **perjudicar gravemente** sus intereses, al exponer a sus competidores las fuentes de información de las que dispone Cables RCT para orientar su estrategia comercial, la estrategia comercial en determinada área geográfica y los clientes de esa zona, solicita que se anule parcialmente el acuerdo de la DC y se acuerde la confidencialidad de dichos documentos discutidos.

En su informe de 27 de mayo de 2016, la DC propone la **desestimación** del recurso interpuesto por RCT contra el Acuerdo de la DC de 5 de mayo de 2016, en la medida en que el citado acuerdo en ningún caso produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de dicha empresa, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

La DC, en su valoración, y tras llevar a cabo unas observaciones preliminares en relación al principio de confidencialidad (como, entre otras, la necesidad de que dicha confidencialidad sea motivada, sin que la simple cita conceptual sea válida para acceder a la petición, o de que se valore bajo otros principios, igualmente tutelables a la par que contradictorios, como el de tutela de intereses propios y derecho de defensa con el de no producir indefensión, tanto a las otras partes traídas al expediente, como al órgano que debe resolver la materia sujeta a investigación) afirma que, ponderando todos los principios en juego, declaró confidenciales aquellos documentos que consideró podían revelar la estrategia comercial de RCT y, a sensu contrario, declaró la

¹ Dicho triple examen ha sido indicado por esta Sala en varias ocasiones, así por ejemplo en su Resolución de 8 de enero de 2015 en el Expediente R/AJ/0319/14, AERC, citada por RCT como precedente en el que se llevó a cabo dicha evaluación de la confidencialidad, y en la que se señalaba: *"en primer lugar, determinar si se trata efectivamente de secretos comerciales, en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales en su origen, estos han tenido difusión entre terceros, perdiendo en esa medida la calificación de secreto comercial, y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, pero son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados"*

no confidencialidad de aquella información relativa a la política comercial de la empresa que había perdido su carácter confidencial por su antigüedad superior a cinco años, teniendo en cuenta las circunstancias económicas y comerciales del mercado en cuestión, variables a lo largo del tiempo.

La DC reitera en su informe la valoración de la confidencialidad que había efectuado inicialmente, señalando:

- (i) Por lo que respecta a la presunción relativa a la ausencia de confidencialidad de los documentos con antigüedad mayor a cinco años, que tiene su fundamento en el párrafo 23 de la Comunicación de la Comisión Europea relativa a las normas de acceso al expediente, antes citada, y que ha sido confirmada tanto por la práctica de las Autoridades de Competencia como por la jurisprudencia, considera la DC que RCT, aun teniendo la carga de la prueba, no ha fundamentado el carácter de secreto de negocio de la información discutida ni ha justificado por qué dicha información con antigüedad superior a cinco años debe ser un supuesto excepcional en el que no rija la presunción. Asimismo y, contradiciendo lo pretendido por RCT, la DC señala que el carácter histórico de la documentación es aplicable también a datos de carácter personal, tal y como se indica en el párrafo 56 de la Sentencia del TG de 15 de julio de 2015, T-462/12, asunto *Pilkinton Group Ltd.*, en diversas Resoluciones de la CNC (de 7 de febrero de 2013, Exptes. R/0120/12, AGLOLAK y R/0121/12 MADERAS JOSÉ SAIZ y de 22 de abril de 2013, Expte. R/0130/13 PALETS JOAN MARTORELL) y en la Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 22 de noviembre de 2013, Expte. R/0152/13, TRANSPORTES ANTONIO BELZUNCES, que apoyan dicha afirmación.
- (ii) Por lo que se refiere a la supuesta vigencia de la información controvertida relativa a clientes y empleados de éstos, alegada por RCT, la DC insiste en que ni el folio 21399 – con antigüedad de trece años– ni los folios 21402 a 21404- con casi seis años de antigüedad y relativos a nombres de empresas distribuidoras y sus comerciales respecto de una Comunidad Autónoma- son a día de hoy constitutivos de secreto de negocio en base a la cual RCT adopte sus decisiones comerciales. En este sentido la DC señala que RCT, que es un fabricante de cables de baja tensión cuyos principales clientes son almacenes mayoristas distribuidores de material eléctrico en un mercado altamente atomizado, en el año 2010, al que se refiere gran parte de la documentación controvertida, tuvo un total de 514 clientes y de éstos, sólo 38 son los que se referencian en los citados folios, es decir, el 7,3% de sus clientes, no habiéndose aportado pruebas que justifiquen que tras casi seis años la identidad de ese 7,3% de los clientes de RCT constituya un elemento esencial de la posición comercial de dicha empresa y que, por tanto, excepcionalmente, a pesar de su antigüedad, dicha información deba considerarse confidencial. Además señala la DC que el mercado de distribución de cables de baja/media tensión es muy transparente, y en él es

práctica frecuente que los distribuidores informen a los fabricantes del resto de proveedores con los que trabajan, así como de las condiciones comerciales que les ofrecen, siendo, en muchos casos, los propios distribuidores los que publican en su página web o a través de catálogos las marcas que ofrecen, por lo que, en términos generales, la información de clientes o bien es pública o resulta fácilmente accesible.

- (iii) La recurrente no ha concretado ni justificado el perjuicio económico que le causaría la no declaración de confidencialidad, tal y como se ha venido exigiendo en resoluciones anteriores por la Sala de la CNMC (de 24 de enero de 2014, R/AJ7158/14 TRANSPORTES CARLOS, o la de 28 de enero de 2016, Expte. R/AJ/117/15 RENALETTO).
- (iv) Por lo que respecta a la irreparabilidad del daño grave que supone la publicación de secretos comerciales, la DC hace mención al artículo 43 de la LDC que establece que la información contenida en un expediente sancionador, aún declarada no confidencial, sólo es accesible a los interesados en el expediente, no existiendo peligro de divulgación de dicha información, pues el hecho de no declarar su confidencialidad no significa que ésta adquieran carácter público, ya que no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente y, además, sobre los interesados pesa el deber de secreto del citado artículo.

En sus alegaciones de 30 de junio de 2016, RCT se ratifica en todas las manifestaciones efectuadas en su escrito de recurso de 16 de mayo de 2016, si bien aporta nuevos argumentos para rebatir lo expuesto por la DC en su informe de 27 de mayo de 2016.

En concreto, insiste en considerar que la información de la cual solicita su supresión tiene carácter confidencial, pues se trata de la identidad de personas físicas y clientes, en el contexto de determinadas valoraciones comerciales efectuadas en el seno interno de RCT. Particularmente, en el folio 21399 pretenden la supresión de una única palabra que se refiere a un apellido que identifica a una persona concreta. Mientras, en los folios 21402 a 21404, que contienen un correo electrónico dirigido por el Delegado de la zona al Director Comercial de RCT con un análisis de la situación de la zona geográfica, se pretende la supresión de referencias a nombres de clientes y sus equipos de personas. Por todo ello, RCT señala que las versiones censuradas que aportó de los documentos discutidos lo que pretendían era preservar la identidad de los contactos personales en los clientes, y de la relación que se mantiene con ellos. Asimismo, indica la recurrente, esa la información ni es pública ni notoria ni ha sido divulgada a terceros que sean parte en el expediente, a diferencia de otros casos citados como el de la Sentencia del TG de 15 de julio de 2015, T-462/12, asunto *Pilkinton Group Ltd* o el de la Resolución de la Sala de la CNMC de 24 de enero de 2014, R/AJ7158/14 TRANSPORTES CARLOS, donde la información sí había sido previamente divulgada entre competidores.

Por otro lado señala RCT que la información respecto de la que se pretende su confidencialidad es plenamente vigente y relevante. En este sentido manifiesta que las relaciones de confianza construidas respecto de clientes y contactos personales en esos clientes se mantienen a día de hoy, a pesar de que no pueda aportar documentos u otras pruebas que acrediten que esas personas sigan trabajando para esos clientes, pues implicaría aportar documentos de terceros a los que no tiene acceso.

En lo que se refiere a los argumentos de la DC sobre la evolución del mercado o a que los clientes citados hayan podido cambiar con el transcurso del tiempo, RCT declara que siguen siendo clientes o sus profesionales siguen perteneciendo al mercado de distribución de material eléctrico, sin que los cambios del mercado hayan tenido por qué afectar a las relaciones comerciales-personales con clientes. Asimismo señala la recurrente que los clientes relacionados en los folios 21402 a 21404 del expediente son todos los clientes importantes de una determinada zona geográfica – en concreto del área de levante, que incluye Castellón y Valencia- por lo que con independencia de que sean únicamente un 7,3 % de los clientes de RCT, como indica la DC, revelar a los competidores dicha información puede comprometer la política comercial de la recurrente en esa zona.

En todo caso, RCT afirma que su preocupación no es tanto si los competidores conocen o no quiénes son sus clientes, sino que conozcan, específicamente, las personas de contacto y las relaciones de confianza entabladas con esas personas. Para evitar esto, por tanto, lo que pretende es que se supriman de los documentos las referencias que identifiquen a las personas físicas con quienes mantiene relación, que puede que algunos competidores ni siquiera conozcan.

Además, considera RCT que la información cuya confidencialidad se pretende no es análoga a la información enumerada en la Comunicación de la Comisión relativa a normas de acceso del expediente. La allí enumerada (cuotas de mercado, volumen de negocios y ventas, etc.) puede ser considerada una información de tracto único o estática en el sentido de que son datos que pueden referirse a un momento concreto y por tanto, a medida que el tiempo transcurre, el dato puede resultar modificado, mientras que sus relaciones con sus clientes son, y pretenden ser, continuadas.

Del mismo modo señala RCT que la divulgación dentro del expediente de la información conflictiva le generaría un perjuicio de muy difícil o imposible reparación, un perjuicio económico que, si bien en este momento es difícil de cuantificar, sería de producción cierta, por cuanto los competidores de RCT adquirirían una información que podría ayudarles a comprender o evaluar la estrategia comercial de RCT, permitiéndoles orientar su propio comportamiento competitivo frente a esos clientes y personas, lesionando a la vez, de forma grave, las políticas comerciales de la recurrente con estos mismos. Frente a todo esto, entiende RCT, no puede alzarse ni el deber de confidencialidad de las partes en el expediente ni el hecho de que los clientes hagan públicas las marcas que ofrecen.

Así las cosas, es objeto de la presente Resolución analizar el carácter confidencial de los documentos discutidos y la justificación aportada por la recurrente para demostrar su carácter de secreto comercial, a fin de determinar si se cumple alguno de los requisitos contemplados en el artículo 47 de la LDC para la estimación del recurso.

SEGUNDO.- Sobre la declaración de no confidencialidad de determinados documentos.

Conforme al artículo 42 de la LDC, *“En cualquier momento del procedimiento se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales”*.

La LDC posibilita que las partes en un procedimiento puedan instar la confidencialidad de determinados documentos obrantes en el mismo, sin que ello constituya un principio absoluto, matizándose por las circunstancias de cada caso, como ha señalado en reiteradas ocasiones esta Sala de Competencia (por todas la Resolución de 5 de marzo de 2015, Expte. R/AJ/0409/14, LABORATORIOS INDAS). Esto es, se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentran *“sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial”*. Así se establece en el párrafo 22 de la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (en adelante, “La Comunicación”): *“Las razones por las que se reivindica que la información es un secreto comercial u otra suerte de información confidencial deberán justificarse”*.

Asimismo, la valoración de la confidencialidad debe realizarse ponderando otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contrapuestos, fundamentalmente el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento sancionador y el de publicidad y transparencia de las actuaciones de la Autoridad de competencia, en particular respecto de terceros interesados en el propio procedimiento sancionador.

En consecuencia, la declaración de confidencialidad no es un derecho del recurrente, sino una decisión resultado de valorar los distintos principios en juego, atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y formulada siempre motivadamente.

Así lo afirmaba también el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia al declarar que *“cabe señalar que la confidencialidad de documentos del expediente no es un derecho de las partes, como parece creer el recurrente al ofrecer renunciar a ella frente al Servicio, sino algo que, según el artículo 53 LDC, el Servicio o el Tribunal pueden acordar, manteniendo en lo posible el equilibrio entre el interés público y el interés de las empresas en no desvelar secretos de negocios y siendo doctrina constante del Tribunal que no puede sustentar sus resoluciones en documentos confidenciales que, al no ser susceptibles de contradicción, no pueden servir ni para sancionar ni para exculpar”* (Resolución TDC 04-09-2003, Expte. 552/02, Empresas eléctricas).

También el Consejo de la CNC, en su Resolución de 27 de octubre de 2008 (R/003/08, Trío Plus) ha venido a confirmar la anterior doctrina al declarar que, si bien *“prima facie el procedimiento administrativo se rige por el principio de publicidad... tal principio no es en modo alguno un principio absoluto por cuanto viene matizado: (a) por la*

obligación que tiene la parte solicitante de la confidencialidad de motivar tal petición y hacer probanza que los tales documentos «vienen sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial», de ahí que la simple cita conceptual no es requisito suficiente para acceder a su petición: (b) la petición debe valorarse bajo otros principios, igualmente tutelables a la par que contradictorios, cuales son el de tutela de intereses propios y derecho de defensa con el de no producir indefensión, tanto a las otras partes traídas al expediente, como al órgano que debe resolver la materia sujeta a expediente; (c) ello a fin de evitar que el órgano resolutorio pueda convertirse en el iter necesario al que se acojan las partes con fines espurios, especialmente en este concreto campo de la competencia «en orden a obtener informaciones de carácter estrictamente reservadas»».

Para evaluar si procede la declaración de confidencialidad de los documentos obrantes en un procedimiento sancionador es necesario llevar a cabo el triple examen al que ya se ha referido RCT y al que esta Sala de Competencia se ha remitido en diferentes Resoluciones (a título de ejemplo, Resolución de 28 de enero de 2016, Expte R/AJ/117/15 RENALETTO o la reciente Resolución de 2 de junio de 2016, Expte. R/AJ/026/16, PRAXAIR ESPAÑA), esto es *“en primer lugar, determinar si se trata efectivamente de secretos comerciales; en segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales en su origen, estos han tenido difusión entre terceros, perdiendo en esa medida la calificación de secreto comercial; y, en tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, pero son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento así como para garantizar el derecho de defensa de los imputados”*.

Por último, en relación a la condición de concepto jurídico indeterminado de la figura de la confidencialidad, que obliga a atender a las circunstancias del caso concreto para determinar si una información tiene o no ese carácter, conviene recordar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011, que señala: *“[...] Por tanto para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave. El hecho de que se cite como ejemplo de información comercial confidencial los ficheros de clientes, no significa que en todo caso esa información relativa a la actividad empresarial sea confidencial ya que ello requiere previamente que se trate de información no divulgada o secreta, es decir que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en el sector en el que se utiliza ese tipo de información.”*

Con base en las consideraciones expuestas sobre la dimensión de la confidencialidad con carácter general, y habiéndose analizado por esta Sala los argumentos de RCT en su recurso de 16 de mayo de 2016 y en sus alegaciones de 30 de junio de 2016, así como la opinión de la DC en su informe de 27 de mayo de 2016, procede señalar lo siguiente en cuanto a la confidencialidad de los documentos controvertidos.

Como se indicó en los antecedentes de hecho, la DC en su Acuerdo 5 de mayo de 2016 declaró confidenciales aquellos documentos que contenían datos que podían constituir secretos de negocio para RCT y, a sensu contrario, declaró la no

confidencialidad de aquellos documentos que habrían perdido dicho carácter confidencial por el transcurso del tiempo.

La Comunicación de la Comisión Europea antes citada y a la que aluden tanto RCT en su recurso como la DC en su informe, señala en su apartado 23, que *"La información que haya perdido su importancia comercial, por ejemplo debido al paso del tiempo, ya no podrá considerarse confidencial. Por regla general, la Comisión presume que la información referente al volumen de negocios de las partes y a las ventas, los datos sobre cuotas de mercado y las informaciones similares que tengan más de cinco años han dejado de ser confidenciales"*.

Es evidente que, a la hora de valorar los documentos controvertidos, la DC tuvo en cuenta el citado apartado 23 de "La Comunicación" y es que, como se deduce de éste, el transcurso del tiempo trae consigo el que determinada información que, en un primer momento, podía considerarse confidencial, deje de serlo ya que, por su antigüedad, no corresponde a la situación actual de una empresa o sector económico, que se encuentra en constante adaptación a las circunstancias económicas y comerciales del mercado, variables a lo largo del tiempo. La Comunicación de la Comisión presume que un plazo superior a cinco años legitima para considerar no confidenciales determinados documentos.

Si bien es cierto que en la enumeración que se realiza en dicho apartado 23 no cita expresamente datos de naturaleza personal, eso no significa que estén excluidos. Al contrario, y como ya señaló la DC, la no aplicación del citado plazo de cinco años a datos referidos a clientes de la empresa no es una de las excepciones que se haya planteado por la jurisprudencia, no teniendo estas afirmaciones de la recurrente respaldo en la práctica de las autoridades de competencia o en la jurisprudencia nacional o comunitaria. Es más, tanto la CNC como la CNMC han señalado en múltiples resoluciones que dicho transcurso de más de cinco años que justifica que no se considere información confidencial, también rige para datos de clientes. Así por ejemplo en la Resolución de la CNMC de 22 de noviembre de 2013, Expte. R/0152/13, TRANSPORTES ANTONIO BELZUNCES se indicaba: *"Esta consideración, como señala la DC, también rige para los datos de clientes, tal y como ha reiterado en varias ocasiones la Autoridad de competencia (...). La amplitud del período, entre cinco y trece años, impide generar certeza sobre la estabilidad de los clientes de BELZUNCES, cuestión sobre la que la propia recurrente se ha manifestado al referirse a la desaparición de algunos de ellos y la aparición de nuevos, como ha quedado reflejado."*

En el presente caso los documentos controvertidos tienen una antigüedad de seis y trece años, respectivamente, por lo que carecen en principio, desde la perspectiva de su fecha, de posible consideración de secreto comercial, requisito imprescindible para justificar la declaración de confidencialidad. Sin embargo dicha presunción admite prueba en contrario, como bien señaló RCT, refiriéndose a la Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015, T462/12 asunto *PILKINTON GROUP LTD* en cuyo párrafo 58 se establecía *"no es secreta ni confidencial la información que lo fue, pero que data de hace cinco años o más años, y que debe por ello, considerarse histórica salvo que, excepcionalmente, el interesado demuestre que, a pesar de su antigüedad, esta información constituye todavía un elemento esencial de su posición comercial o de la del tercero afectado"*. Y es precisamente en este punto donde el recurrente debe

hacer un esfuerzo probatorio adicional para demostrar que la información cuya confidencialidad solicita sigue teniendo un valor comercial estratégico de tal calado como para encontrarnos ante el caso excepcional que posibilite destruir la citada presunción.

Una vez dicho esto, esta Sala considera que RCT no ha llevado a cabo dicho esfuerzo probatorio. Fuera de las afirmaciones de carácter general, llevadas a cabo por RCT principalmente en su escrito de alegaciones de 30 de junio de 2016, debe esta Sala señalar que se necesita un umbral de prueba superior al alegado por la recurrente para que una documentación con antigüedad superior a cinco años logre destruir los efectos generados por el paso del tiempo. En este sentido, entiende esta Sala que la amplitud del período transcurrido, unido a las características propias del mercado de distribución de cables de baja/media tensión, como son su transparencia o su alta atomización, llevan a considerar las explicaciones de la recurrente claramente insuficientes. RCT insiste en la importancia de la confianza y de la continuidad en las relaciones con sus clientes y sus personas de contacto, y si bien esta Sala puede entender el valor intangible que las mismas pueden tener para la recurrente, no considera que haya argumentado suficientemente por qué ese conocimiento en manos de un competidor supone revelar su estrategia comercial ni la vigencia actual de la misma. Así, por ejemplo, la recurrente no alega ni justifica siquiera que se trate de personas que cualquier otro competidor no pudiera identificar con relativa facilidad como estratégicos para contactos comerciales con el cliente en cuestión.

Esta escasa justificación de las condiciones necesarias para desvirtuar la presunción establecida respecto de los documentos con más de cinco años de antigüedad, fue asimismo apreciada en la citada Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de mayo de 2016 (recurso nº 536/13 seguido a instancia de “Lantero Cartón SL”). En dicho caso, la recurrente solicitaba, entre otros, la confidencialidad de unos documentos por cuanto revelaba sus prácticas comerciales de alto valor económico y estratégico con su principal proveedor de papel, fuera de que señalaba que la estructura del mercado no había variado. Asimismo, respecto de otra documentación indicaba su confidencialidad por cuanto ponía de manifiesto su forma de analizar la información. Sin embargo, la Audiencia Nacional desestimó el recurso y estableció en su Fundamento de Derecho Cuarto lo siguiente:

“CUARTO: *El argumento principal empleado para mantener la confidencialidad de los documentos integrados en los grupos I y II, es el del carácter histórico de la información contenida en los mismos y ello con independencia de su valor confidencial como secreto de negocios.*

La jurisprudencia ha fijado, con carácter general y sin que ello constituya una regla rígida e inflexible, el plazo de cinco años como límite para proteger la información confidencial y un ejemplo reciente de dicha jurisprudencia es la Sentencia del Tribunal General de 15 de julio de 2015, asunto T-462/12, Pilkington, apartado 58, por lo que, en principio, las tesis de la CNC deben ser acogidas. La información que date de esa antigüedad o mayor, se considera histórica y por lo tanto accesible y pública.

No obstante lo anterior, resulta conveniente realizar las siguientes precisiones:

1. La invocación del artículo 23 de la Comunicación de la Comisión antes referida, si bien es correcta desde el punto de vista de justificación de la propia conducta de la CNC que aplica en este caso el artículo 101 del TFUE, no es una regla de derecho que suponga la base legal de su actuación. La base jurídica se encuentra en una práctica arraigada que deriva de constantes pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia.

Cuestión distinta es la de que la CNC, fijara un plazo inferior para la desprotección de los documentos en cuyo caso, el desvío de lo estipulado en el artículo 23 de la Comunicación produciría el efecto jurídico de anular la resolución.

2. Contrariamente a lo que se deduce de la resolución de la CNC, la aplicación de dicho plazo no opera de forma automática, pues la jurisprudencia citada admite la posibilidad de que la parte afectada pruebe que, a pesar del tiempo transcurrido, los documentos siguen teniendo valor comercial estratégico. La carga de dicha prueba corre a cargo de quien solicita el mantenimiento de la confidencialidad y puede basarse en circunstancias que tiendan a justificar la homogeneidad y estabilidad del mercado en el tiempo.

En el presente caso, es cierto, como denuncia la recurrente, que el planteamiento de la CNC fue excesivamente rígido, pues tras constatar que los documentos eran muy antiguos (en concreto los de los grupos I y II datan desde 1992 a 2008), decidió retirar, sin más, la calificación de confidenciales. Sin embargo, la realidad es que la recurrente no ha acreditado que concurrieran las condiciones necesarias para desvirtuar la presunción jurisprudencialmente establecida respecto de los documentos con más de cinco años de antigüedad.

Para ello sólo explicó que además de las informaciones puramente numéricas, los documentos contenían información sobre el tratamiento que debía darse a dicha información y sobre las técnicas para gestionarla, sin mayores especificaciones. Se acompañó una documental que viene a justificar la relevancia económica de la entidad recurrente y su importante presencia en el mercado afectado, y con la que se pretende justificar la homogeneidad de la estructura del mercado del cartón ondulado en 2003 y 2013. La información aportada no resulta suficiente para desvirtuar la presunción referida en los términos expuestos, pues reflejan una simple estadística sobre la composición y estructura de los grupos y empresas investigadas en 2013 y años inmediatamente anteriores y una información global del volumen de ventas de las empresas del sector en 2003, sin mayores precisiones y sin que sobre la base de dicha información se haya establecido un juicio técnico sobre su interpretación”.

En definitiva, esta Sala comparte plenamente la argumentación y la valoración contenidas en el informe de la DC de 27 de mayo de 2016 y considera que la recurrente no ha conseguido demostrar que los documentos controvertidos tengan la consideración de secreto comercial, por lo que dado que este es el requisito de partida para la declaración de confidencialidad solicitada, se hace innecesario analizar el resto de requisitos, esto es, el relativo a la difusión de la información o su carácter imprescindible para fijar los hechos objeto del procedimiento, así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados.

TERCERO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Como ya hemos dicho anteriormente y conforme lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto supone verificar si el acuerdo recurrido ha ocasionado a RCT indefensión o perjuicio irreparable, lo que conllevaría la estimación del recurso.

I. Ausencia de Indefensión

La posible existencia de indefensión no ha sido alegada por la recurrente ni en su recurso de 16 de mayo de 2016, ni en sus alegaciones de 30 de junio de 2016, por lo que no resultaría necesario analizar su posible concurrencia.

Remitiéndonos a la doctrina del Tribunal Constitucional, reiteradamente expuesta por el Consejo de la CNC, entre otras muchas, en su Resolución de 22 de noviembre de 2013 (Expte. R/0152/13, ANTONIO BELZUNCES) en las que se declara que *"la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes"*, debe estimarse que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 de la CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo también la jurisprudencia Constitucional, *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (STC 71/1984, 64/1986).

En cualquier caso, la no declaración de confidencialidad de los datos discutidos no ha supuesto la imputación de cargo alguno a la recurrente frente a la cual no haya tenido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, por lo que hemos de concluir que se trata de un acto que, per se, no puede producir tal indefensión. El hecho de que RCT haya podido tanto recurrir el Acuerdo de la DC de 5 de mayo de 2016 como efectuar alegaciones al informe de la DC de 27 de mayo de 2016, así como acceder al expediente de recurso el día 28 de junio de 2016 y obtener copias del mismo, pone de manifiesto que no se ha causado ni podido causar ningún género de indefensión a la recurrente.

A la vista de lo expuesto, no resulta posible apreciar que el Acuerdo de la Dirección de Competencia de fecha de 5 de mayo de 2016, por el que se deniega la confidencialidad de determinados documentos, ocasione indefensión a RCT.

II. Ausencia de perjuicio irreparable

En cuanto al segundo de los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC para que pueda prosperar el recurso, esto es, la existencia de un perjuicio irreparable, cabe recordar que el Tribunal Constitucional entiende por perjuicio irreparable *"aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

RCT sí se refiere en su escrito de recurso y en las posteriores alegaciones directamente al perjuicio irreparable que la no declaración de confidencialidad de los

documentos controvertidos le puede causar. En resumen señala que no es una cuestión de si existe o puede existir divulgación pública de la información sino de que los competidores directos de RCT, parte en el expediente, pueden, al conocer ésta, orientar su propio comportamiento competitivo frente a los clientes y personas que tales documentos identifican, perjudicando gravemente a RCT y sus políticas comerciales con estos clientes y contactos personales con respecto a los cuales se solicita la declaración de confidencialidad. Esta información, sigue exponiendo la recurrente, es valiosa para los competidores por cuanto les puede ayudar a comprender o evaluar la estrategia comercial de RCT, y le provoca un perjuicio irreparable porque es una información a la que, de otro modo, no hubieran accedido.

Esta Sala se reitera en lo ya expuesto en el fundamento jurídico segundo, haciendo hincapié en que el transcurso de cinco o más años hace perder su carácter confidencial a la información comercial, salvo suficiente prueba en contrario que RCT no ha conseguido proporcionar. Además en este caso, y por los motivos también expuestos en el fundamento de derecho anterior no puede considerarse que el perjuicio alegado por la recurrente sea irreparable. Y es que, por un lado, ni ha aportado pruebas que justifiquen que tras casi trece años, en un caso, y seis en otro, la identidad de los clientes y personas de contacto sea la misma y, por otro, tampoco ha demostrado que ello constituya un elemento esencial que actualmente oriente su estrategia comercial, máximo en un mercado con el grado de la transparencia que tiene el afectado por las conductas investigadas. Es más, en el caso del folio 21399, documento fechado en el año 2003, del que RCT pretende su confidencialidad, se refiere al apellido de un contacto personal de un cliente, cliente que por la lectura de los folios 21402 a 21404 se menciona precisamente como ejemplo de almacén que cerró, cosa a la que la recurrente no ha hecho mención ni explica por qué es entonces tan relevante y tan indicador de su estrategia comercial.

De este modo y como RCT no ha podido demostrar debidamente las afirmaciones que realiza, queda patente que el transcurso los años es suficientemente amplio para considerar que dicha información ha perdido su carácter confidencial y por tanto el acceso a la misma entre las partes del expediente no es susceptible de general perjuicio irreparable, en el sentido anteriormente expuesto.

Cabría añadir también que no existe peligro de divulgación de la mencionada información porque ésta no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente, y además, sobre los interesados en este expediente pesa el deber de secreto a que hace referencia el artículo 43 de la LDC.

De este modo, bajo ninguna perspectiva puede apreciarse el hecho de que la actuación administrativa de la DC en la que se fundamenta el presente recurso haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de RCT.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por CABLES RCT, S.A.U. (RCT) contra el Acuerdo de la Dirección de Competencia de 5 de mayo de 2016, por el que se denegaba la confidencialidad de los folios 21399 y 21402 a 21404 incorporados al expediente S/DC/0562/15, CABLES BT/MT, en la medida en que el acuerdo recurrido no produce indefensión ni causa perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniendo en consecuencia los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.